Ay otros papeles en este pleito en el tom. 1º desde el fol. 32?- 376

36

POR

EL LICENCIADO PEDRO DE BOHORQVES PRESBYTERO, EN EL PLEYTO DE LOS ACREEDORES DE Manũel Santos de Saldaña, en el articulo con Don Pedro de Abaunça, Abogado de eſta Real Audiencia, como marido y conjunta perſona de Doña Ioſepha Arias Montano, hija del dicho Manuel Santos de Saldaña, y de Doña Maria de Salas ſu muger difuntos.

(.⁘.)



RETENDE el Licenciado Pedro de Bohorques, que ſe ha de reuocar la ſentẽcia de graduacion, pronũciada en eſte pleyto por el Alcalde Don Leonardo Enrriquez, en quanto por ella graduò en los bienes de Manuel Sãtos de Saldaña, en octauo lugar a Doña Ioſepha Arias Montano, muger de el Doctor Don Pedro de Abaunça, y a el en ſu nombre, por 134U340. reales, los 17U600. en vellon; y el reſto en plata doble, o en vellon, con premio de 25. por ciento, que los ha de auer y ſe los mãda pagar por ſu dote, en virtud
1 de la eſcritura dotal, que dize otorgò en ſu fauor el dicho Manuel Santos de Saldaña, al tiempo que tratò de caſarſe cõ Antonio Paſtor, por eſcritura ante Alonſo Rodriguez Muñoz,
2 Eſcriuano publico de Seuilla, en 30. de Iunio de 628. y que no ſe le ha de dar grado ninguno; y que en caſo que ſe le aya de dar, ha de ſer deſpues de pagado Pedro de Bohorques, de los

13ʒ 803. pessos de a ocho reales de plata doble, baxadas las costas que Manuel Santos de Saldaña cobrò en la Casa de la Contratacion, en virtud de su poder, en 4. de Nouiembre de 624. años, por los quales està graduado en quinto lugar: y q̃ en qualquier lugar que aya de ser graduada Doña Iosepha en bienes de su padre, solo ha de ser por la mitad de la pretensa dote: y que se han de baxar de esta mitad las partidas q̃ se diran en este papel.

Segun esta pretension, se diuidirà este discurso en quatro articulos, en que se irà texiendo lo que fuere necessario de el hecho, para introduzirlos, y proponer los fundamentos de derecho, de que se vale Pedro de Bohorques, y respōder a los contrarios.

Primero articulo: Que Doña Iosepha Arias Mōtano, y el Doctor Don Pedro de Abaunça, no tienen accion ni derecho para pedir cosa alguna contra los bienes de Manuel Santos de Saldaña, en virtud de la promessa dotal, que hizo juntamente con Doña Maria de Salas su muger, quando concertò y capitulò de casar a la dicha su hija con Antonio Pastor; y assi no se le deuio dar grado alguno.

Segundo articulo: Que caso que algū derecho tuuiesse para pretender la dicha dote, auia de ser graduada en lugar posterior a todos los acreedores hypotecarios, o personales.

Tercero articulo: Que en qualquiera grado que se le huuiesse de dar a Doña Iosepha, en bienes de su padre, auia de ser solo por la mitad de la dote prometida; y la otra mitad en bienes de su madre.

Quarto articulo: Que las partidas que ha recibido Doña Iosepha y Don Pedro, o las han de boluer para pagar los dichos acreedores, o las han de tomar en quenta de lo que huuieren de auer por este pleyto: y en este articulo se tratarà tā bien del genero de moneda en que se ha de pagar la pretensa dote, caso que se deua.

QVO AD PRIMVM ARTICVLVM.

PAra introduzir este articulo, es necessario suponer en el hecho, que Manuel Santos de Saldaña, y Doña Maria de Salas, trataron y capitularon de casar a Doña Iosepha Arias Montano su hija, con Antonio Pastor: y por escritura publica,

ca,

ca,en 30.de Iunio de 638.q̃ està en el primero ramo foj. 273. ſe obligan ambos,y cada vno in ſolidum,de darle 136U540. reales de dote en dineros,joyas y alimentos,los 83U511.reales de plata doble,y no en otra moneda ni forma de paga: y los 17U600.reales en quatro años de alimentos, que ſe obligaron de dar a los dichos Antonio Paſtor,y Doña Ioſepha,y vn criado y criada,dentro de las caſas de ſu morada: y ſi no quiſiere recebirlos en ſu caſa,ſe obligaron de pagarſelos en dinero de contado,y el reſto en plata,joyas de oro,alhajas de caſa,ropa de lienço,y otras coſas que montaron la dicha cãtidad. Y dizen en la eſcritura,que la dicha Doña Ioſepha ha de reciuir y lleuar la dicha cantidad para en quenta y parte de pago de las legitimas y futura ſuceſsion,que delos dichos Manuel Santos de Saldaña y ſu muger le pertenecieren,y huuieren de auer en fin de ſus dias,como vna de ſus hijas y herederos,y reciue luego los bienes de axuar,joyas,plata labrada,eſclauo,y eſclaua,que montaron 35U429.reales, conforme a los precios de la carta de dote,de cuyo entrego dio fee el Eſcriuano. Antonio Paſtor acetò eſta eſcritura,y dize,que reciue la dicha cantidad por dote y proprio caudal de la dicha Doña Ioſepha,en la forma que ſe le prometio y dio, y le promete 24U.reales de arras;y ſe obliga, que auiendole entregado lo que ſe le reſta deuiendo de la dicha dote,ſe lo boluerà y reſtituirà a ella,o a ſus hijos y herederos, y a quiẽ por ella,o por ellos lo huuiere de auer cada vez y quando ſucediere,por muerte o por diuorcio,o por otra qualquiera delas cauſas que el derecho permite. Deſpues de lo qual pareceq̃ huuo pleyto entre la dicha Doña Ioſepha y Antonio Paſtor, ſobre la nulidad del dicho Matrimonio:y aunque no ay teſtimonio de la ſentencia que huuo en el dicho pleyto,en vna eſcritura de tranſaccion,hecha entre Antonio Paſtor y Doña Ioſepha,que eſtà en el primer ramo a foj.288. dize y confieſſa la dicha Doña Ioſepha,q̃ la nullidad fue por auer ſido compelida por miedo y fuerça a contraer el dicho Matrimonio,el qual (dize) q̃ ſe dio por nulo por ſentencia del Iuez de la Igleſia:y eſta eſcritura eſtà otorgada en 30.de Abril de 630 quãdo ya erã muertos ſus padres de D.Ioſepha,y la otorga cõ autoridad de Franciſco Martinez de Laços ſu curador ad litem,y con licencia que para ello tuuo de la juſticia, precediendo informacion de vtilidad y prouecho, y en el pedimien-

miento que haze para pedir esta licencia, dize, q̃ se dio por nullo el Matrimonio, por auerlo contraido forçada. Y entre otras cosas que en ella se contienen, es que Antonio Pastor renuncia en Doña Iosepha, y le haze cesion del derecho que dize le pertenece a el para cobrar de Manuel Santos de Saldoña la dicha dote, y ella la acepta.

Despues de lo qual en 9. de Otubre de 630. por escritura q̃ està a foj. 284. segundo ramo, a tiempo que ya doña Iosepha estaua casada con Don Pedro, aceptò las herencias y ligitimas paterna y materna: y dize, que por quanto quando se tratò de casar con Don Pedro, que auria cinco, o seys meses, le mandò y dio en dote lo que huuiesse de auer como heredera de sus padres, y por otro qualquier titulo, le dà poder y cesion para cobrar la dote que le prometieron sus padres quando la trataron de casar con Antonio Pastor su tio.

En virtud destos recaudos, y de la clausula de testamento de Manuel Santos de Saldaña, en que confiessa, que Antonio Pastor no reciuio las joyas, plata labrada, alhajas y esclauos, y que quedan en su casa, pidio Don Pedro mandamiento de execucion por la dicha dote, sin dezir ni señalar moneda, ni se señala en el mãdamiento de execucion menos 2U 200. reales de los dos esclauos, que confessò estauan en su poder. Citò de remate para esta execucion a Iacinto de Saldaña, hijo y heredero de Manuel Santos. Y la causa se sentenciò de remate por la dicha cantidad, sin señalar en que moneda se auia de hazer el pago, como consta desde foj. 271. primero ramo.

Con estos recaudos pretenden D. Pedro y su muger, que està justificada la sentencia y grado que se les dà por el Iuez Ordinario. Y por el contrario pretende el Licẽciado Pedro de Bohorques, que la dicha sentencia es injusta, y que se ha de reuocar, y no se les ha de dar grado ninguno por la pretẽsa dote.

Y para proceder con mas claridad, diuidirèmos este articulo primero en tres partes. En la primera põdremos los fundamentos que auemos reconocido, que puede tener la pretẽsion de Don Pedro y su muger. En la segunda, los que tiene el Licenciado Bohorques, para que no se les dè el grado. En la tercera, respuesta a los fundamentos contrarios.

PRI-

PRIMERA PARTE DE EL ARTICVLO primero.

DIze D. Pedro de Abaunça, que eneste articulo tiene fundada su pretension.

Lo primero, porque de la promessa de dote, que el Padre haze a su hija, induze el derecho vna irreuocable donaciõ de la cantidad que le promete, la qual siempre queda eficaz para qualquiera Matrimonio: y assi, que por la promessa de dote que Manuel Sãtos de Saldaña hizo a Doña Iosepha Arias Montano su hija, quando la casò con Antonio Pastor, aũque aquel Matrimonio no subsistiò, se deue la misma cantidad, y quedò irreuocablemente donada para el Matrimonio que oy consiste con Don Pedro de Abaunça; y que para esto no es necessaria nueua conuencion en el segundo Matrimonio expressa, basta empero las que presume el derecho: *Dotē, quæ*
1 *in prius Matrimonium data est* (inquit Paulus) *non aliter conuerti in posterius Matrimonium dicendum est quàm cum hoc agitur, dum hoc agi semper interpretemur, nisi probetur aliud interuenisse* in l. dotem 30. D. de iure dotium; vbi Accursius intelligit hunc textum, siue ab vxore, siue ab ipsius patre dos constituatur, l Diuus, & l. insulam, §. fin. l. si mulier diuertit, l. penul. § vxor, D. soluto matrimon. l. cùm maritus, §. Titius D. de pact. dot. & procedit, dosque tacitè censetur repetita, etiam si non sit redintegratum, sed cum alio contractum sit matrimonium, vt ex Cino, Bart. Castre. Alex. Guid. Ruin. Curtio, Rolando, & alijs traddit Mantica lib. 12. de tacit. & ambig. conuent. tit. 15. nu 5. Y aunque el primero Matrimonio de facto tantùm, non etiam
2 de iure fuerit contractum, vt per tex in l. si serua, in princip. D. de iure dot. & ex Bartolo, Ruino, & Rolando traddit Man-
3 tica, vbi proximè n. 6. vers. tertio, extenditur, & probatur per text. (quem Mantica non allegat) in l. hęc conditio 10. versi. sed enim, D. de condit. & demonstrat. vbi legatum relictum filię ea conditione, si nupserit, debetur, quamuis nulliter nu-
4 bat, si secundo nubat validè. Y esta repeticion se entende hecha de la misma cantidad que se prometio, o de que se constituyò enel primero Matrimonio, sin que se pueda diminuir *non tamen licet* (vt inquit Imperator) *ei filia denuò nubenti diminuere priorem dotis mensuram.* in authen. sed quamuis, C. de rei vx. act. dos enim semel constituta transit in dominium filiæ, ne-

B dum

dum pro primo matrimonio, pro quo soluta fuit, sed absolutè, vt traddit Philippus Paschalius de viribus patriæ potestatis 1. part. cap. 4. num. 81. & seqq. Y no solo procede lo referido en quanto a la sustancia y cantidad de la dote prometida, sino tambien en quanto a la calidad, como si en el primero Matrimonio se prometio en plata, eodem modo, & qualitate censeatur in secundo repetita, argum. text. in l. item quæritur, §. qui impleto D. locati, l. legem, C. eodem, l. in rebus, §.
5 fin. de precario. Mantica vbi supra n. 7. y con las mismas calidades de anterioridad e hypoteca. Mãtica vbi proximè, vbi pro hoc allegat tx. in d. l. item quæritur, §. qui impleto, D. locati.

Quę omonia viua, & aspirante ratione probantur, quia actus secundarius colligitur à primitiuo. Bald. in l. etiam num. 8. C. de iure doti; y conforme a la promessa precedente, se ha de regular la segunda, que presume el derecho, facta in secũdo Matrimonio, argum. tex. in l. quædam 76. D. de rei vend. l. 2. C. de rei vendi. Bald. cons. 89. n. 4. lib. 1. & contract. censetur cum eisdem pactis, & qualitatibus renouatus, d. §. qui impleto. Nata in terminis cons. 571. n. 2. in fin. & n. 3.

Lo segundo, porque en tanto grado queda irreuocable la promessa y donacion que el padre haze en fauor de la hija, por capitulacion y pacto matrimonial, l. fin. C. de dotis promissione, ibi: *Liberalitas itaque talis remaneat vera & irreuocabilis;*
6 *quod quamuis Matrimonium non sequatur, nihilominus remanet irreuocabilis promissio*, vt ex Bald. Rub. Gomez, Arias, Cifuentes, & antè eos Bald. & Segura refert, licet non sequatur Molin. de retu. nup. lib. 3. q. 6. n. 54. Y asi mucho mejor serà irreuocable en el caso presente, la promessa hecha por Manuel Santos de Saldaña, aunque nulliter cõtractum sit Matrimonium, pues quamuis Doña Iosepha (ni aun de hecho) se huuiera casado con el, toda via quedaua irreuocable ex supra tradditis.

Todo lo qual procede, aunque la promessa se haga por el padre, a el desposado en las capitulaciones, y estas se hagan inter patrem, & ponsum filię; porque la persona por cuyo respeto se haze la promessa, es la que considera, & cum ea tacitè censetur actum; y que el padre quiere cumplir con la obligacion del oficio paterno: que en nada tiene mas eminẽcia, que en colocar a los hijos en matrimonio, y darles dotes con que sustentar las cargas del, vt ex d. l. fin. C. de dotis promiss.

&

&l.fin.in princip.C.de iure dot.l.cũm dos, §.1. D. de pactis dotalibus,& alijs quam pluribus iuribus traddit in terminis Philippus Paschalius dicto cap.4.n.77.& sequentibus.

Lo tercero, que en el caso presente parece mas cierto lo referido: porque conforme a lo capitulado en la promessa dotal deste pleyto, el caso de el està paccionado expressamente por los mismos dotadores: porque en la escritura foj. 281. en el primero ramo, tratandose de la restitucion de la dote y arras, que auia de hazer Antonio Pastor, dissuelto el Matrimonio, ay las palabras siguientes:

Prometo y me obligo, que auiendoseme dado y entregado la dicha dote, la boluerè y restituirè a la dicha doña Iosepha, auiendose dissuelto el Matrimonio por muerte, ò diuorcio, ò por otra qualquiera de las causas que el derecho permite. Ex quibus verbis planè deducitur, que en qualquiera caso que se dissoluiesse el Matrimonio, la dote auia de quedar, y restituirse a Doña Iosepha: & sic ipsi filiæ acquiritur actio ex stipulatione à patre concepta. Mantica decis.166.n.2. Y assi la persona contemplada en este contracto, y a quien tuuieron respeto los dotadores, fue a doña Iosepha su hija, dotandola competentemente, y cumplir con la obligacion de padres, sin tener respeto a este, o a otro Matrimonio, sino a que quedasse su hija para qualquiera, dotada competentemente: y assi pusieron el pacto de que a ella se restituyesse la dote en qualquiera caso que se dissoluiesse el Matrimonio, l. si extraneus in fine, D. de condict. causa data, ibi: *Nisi fortè euidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc cum ideo fecisse, vt ipsi magis mulieri, quàm sibi prospiceret.* Y siempre se presume, que el padre dota a la hija affectu paterno, y para cumplir y satisfazer debitũ naturę; argum. tx. in l. tale pact. §. fin. D. de pact. & traddit Seraph. Oliuar. deci.666.n.3. l si extraneus, D. de cõd. cau. cau. sed etsi pater pro filia det; & ita conuenit, nisi euidenter aliud actũ sit, conditionẽ patri cõpetere Marcellus ait. Y aunq̃ estos fundamentos concluyen en la dote dada, lo mismo corre y milita en la prometida, ita vt promissio dotis à patre facta, respectu alicuius matrimonij, censetur repetita ipsamet promissio in alio matrimonio, etiam si primum nõ sorciatur effectum, d. l. fin. de dotis promis ibi: *Dederit, aut promiss rit,* & in l. ex morte, §. fin. C. de pactis, cõuentis cum alijs adductis à Paschalio d. cap.4.n.87. & seqq.

Lo quarto, comprobãtur supra traddita ex txu. in l. 2. §. final.

nal. C. de priuileg. cred. adonde para repetir la dote, pertenece a la muger el mismo priuilegio, aunque no tenga efecto el Matrimonio, ex eo solo, que se ayan contraido sponsalia de futuro: de modo, que para en quanto al priuilegio dotal, aunque la dote se aya dado respectu alicuius matrimonij, no es necessario quod contrahatur matrimonium: sufficit enim tradditio, aut promissio dotis, vt ex Siluano traddit in termi nis Paschalius d. cap. 4. n. 99. Y lo mismo corre en el matrimonio putatiuo contraido por palabras de presente, eadem enim priuilegia competunt mulieri respectu matrimonij pu tatiui, que pertenecen a el verdadero: y assi aunq̃ el matrimonio contraido por doña Iosepha con Antonio Pastor, no fue verdadero, ob defectum voluntatis ex parte vxoris, & impotentiæ ex parte viri, toda via fue putatiuo, y se contraxo in facie Ecclesię, y como queda dicho, tiene los mismos priuilegios que el verdadero, quoad repetitionem dotis; y auiẽdo esta similitud, corre la pretension de Don Pedro, pues no se puede dudar, que si se huuiera contraido verdadero Matrimo nio entre doña Iosepha y Antonio Pastor, quedaua irreuocable la promessa para todos quantos matrimonios contraxesse; ita etiam lo que dà, auiendo contraido, non verè, sed putatiuè.

Lo quinto, por otros fundamentos con que funda esta pre tension Philipphus Paschalius d. cap. 4. ex n. 77. vsque ad n. 103. por los quales in terminis nostræ litis tiene por cierto la opinion de que la dote prometida por el padre, respectu certi & determinati matrimonij, aunque no tenga efecto, le toca y pertenece a la hija derecho firmissimo para pedir con tra los bienes de su padre la misma dote, casando segunda vez con la misma antiguedad, antelacion y hypotecas q̃ tenia por la promessa que se le hizo respectu primi matrimonij, sin que se le pueda diminuir ni alterar por las deudas q̃ despues de la dicha promessa contraxere el padre: vbi etiam adducit alios, qui eandem, secundum eum, sententiam tenẽt quibus adstipulatur quod ex Gomez, Arias, Cifuentes, & Segura refert Tellus Ferdinandez in l. 17. Tauri, n. 76. & 77. refert etiam D. Cast. cap. 119. n. 10. scilicet, quod donatio facta respectu certi, & determinati matrimonij: in terminis d. l. 17. Tauri. Durat, & substinetur, licèt non sequatur illud matrimonium.

Sexto

Sexto, his omnibus addenda sunt, & faciunt, quę in terminis traddit Stephanus Gratianus tom. 5. discept. foren. c. 882. per totum, vbi pluribus modis & fundamentis adstruit, & tenet, quod dos per patrem semel constituta, quamuis ad patrē reuertatur ratione patrię potestatis, aut pacti conuenti reuertitur cum onere, vt deseruiat pro filia volente contrahere secundas nuptias.

Septimo faciunt quæ nouissimè adducit dō Iuan Baptista de la Rea, decis. 33. Granatensi, n. 32. & seqq. vsque ad 58.

Todo lo qual procede y se aplica muy en fauor de don Pedro, videlicet, que la hija no solo tiene accion para pedir a el padre para el segundo matrimonio la dote que le prometio para el primero; pero tiene las mismas hypotecas y antelacion desde el dia de la promessa, en la misma forma que se contiene en la dicha promessa, vt ex Siluano, & alijs adducit ferè in terminis Stephanus, Grat. 5. tom. cap. 882. n. 27.

Porque la promessa de la cantidad desta dote, la hizieron los dotadores con calidad de que la huuiesse de recibir doña Iosepha por quenta de las legitimas paterna y materna. De q̄ se colige animo euidente de los dotadores, de que la dicha cātidad la huuiesse doña Iosepha, tuuiesse, o no, efecto el matrimonio: ex ijs, quę traddit D. Cast. d. cap. 119. nu. 14. vers. tunc autem.

SEGVNDA PARTE DEL ARTICVLO primero.

SEd licèt supra adducta multum videantur vrgere, en fauor de don Pedro de Abaunça, nihilominus tamen, en el caso de nuestro pleito, contrarium est dicēdum, videlicet, que don Pedro y doña Iosepha su muger, no tienen accion ni derecho alguno contra los bienes de Manuel Santos de Saldaña, en virtud de la dicha promessa dotal, hecha en el tratado de matrimonio que auia de contraer con Antonio Pastor; y assi, q̄ no se le auia de dar grado alguno en este concurso, y reuocarse la sentencia de el Alcalde, que la graduò en octauo lugar, ex sequentibus.

Lo primero, porq̄ la promessa dotal, hecha por los padres, respeto de cierto y determinado matrimonio con persona cierta y nombrada, en cuyo fauor se haze la promessa para q̄

se case cõ su hija, entonces comiença a producir accion y surtir efecto, quando se contrae el dicho matrimonio, & ante dos peti non potest: *Quia* (vt inquit Consultus) *omnis dotis promissio futuri matrimonij tacitam conditionem accipit.* in l. dotis promissio 68. D, de iure dot. l. plerumque, §. si ante matrimoniũ. melior text. in l. stipulationem 21. & sequenti, l. promittendo, §. 1. D. eodem, ibi: *Sed si nuptiæ secutæ non fuerint ex stipulatu agi non potest.* l. item quia 4. §. huius rei, D. de pactis, ibi: *Et nuptijs non secutis ipso iure euanescit stipulatio:* ni trae aparejada execucion el instrumento de tal promessa, nisi secuto matrimonio. Viuius libro 1. decifs. 39. per totam l. 11. tit. 11. partita 4. ibi: *Si se cumpliere el matrimonio, e tal condicion como esta, siempre se entiende, quier sea nõbrada, o non.* Plura congerit D. Ioan. del Cast. 6. tom, controuersiarum, cap. 119. n. 1. & 4. ex Barbosa. Montur. Viuio, Carauita & Fontanella, & præter eos Constantius. Rogerius de dote, §. 4. n. 2. & seqq. Lo qual procede aunque en la promessa se aya puesto plaço cierto, veluti intra annum (como en nuestro caso, que la promessa fue para pagar fin del año de 628.) *Ne si aliter obseruaremus intra annum nuptiæ factæ non sint, videri possit dos ex ea obligatione deberi.* vt inquit textus in l. tali facta 48. D. de iure dot. Gregor. in d. l. 11. gloss. fin. ex pluribus Fontanella de pactis nupt. 2. tom. claus. 6. gloss. 3. part. 1. n. 5.

Esta doctrina tan cierta procede de tal modo, que si la promessa se haze con determinada persona, aunque la haga el padre (como en nuestro caso) es necessario para cometerse la estipulacion, que la condicion se cumpla, casandose la hija con la persona determinada, aliàs si se casa con otro, non committitur stipulatio, ni la hija que no se casò con la persona nombrada, o determinada, ni el marido con quien se tiene accion ni derecho para pedir al padre, o suegro la dote prometida con la persona determinada; quod quidem iuribus & ratione probatur. Lo primero per textum in d. l. stipulationem 21. iũcta l. sequenti, D. de iure dotis, adonde estan precisso (para q̃ se cumpla aquella condicion tacita subintellecta in promissione dotis, scilicet, si se cõtraxere el matrimonio) que no obsta contraerlo aun con la misma persona, si se interpone en medio otro matrimonio con otra: y assi dize dict. l. 22. & licèt postea eidem nupserit, non conualescit stipulatio, l. si sponsalibus 58. l. dotis promissio 68. D. eodem, ibi: *Apud eundem esse ceperit.* Et ibi: *Quod enim vulgatum est dotis promissionem in primis, dum*

taxat

taxat nuptijs destinari, &c. l. si sponsalibus 58. D. illo tit. l. matrimonij 21. D. qui, & à quibus.

Lo segundo, per textum in l. si quid earum 47. §. inter emp D. de leg. 3. ibi: *Atque prioris vxoris causa parata sunt ita posteriori debentur, si ei assignata sint, quia non est ita de posteriore vxore cogitatum.* Cuyas palabras mirum in modum applicantur nostro casui, en el qual los dotadores tuuieron y mostraron grande afecto en la dotacion a el casamiento con Antonio Pastor, y a su persona, como consta dela escritura de promessa de dote fol. 274 en el primero ramo, ibi: *Otorgamos y conocemos en fauor de Antonio Pastor.* Et ibi: *Y porque el dicho matrimonio se haze y efectua con nuestro acuerdo y voluntad y consentimiento, y paraque el dicho Antonio Pastor tenga mas bien con que poder sustentar las cargas del matrimonio, le prometemos y mandamos en dote con la dicha Doña Iosepha, &c.* Quæ verba denotant specialem affectionem al matrimonio con Antonio Pastor: y que la causa principal de prometerle la dicha dote con doña Iosepha, fue porque tuuiesse efecto el matrimonio entre ambos, y porque se hazia con la voluntad de los dotadores, maximè quia illa verba sunt proæmialia, quę faciendi motum aperiunt, & causam finalem denotant, l. fin. D. de hæred. inst. vt ex Tiraquel. Menochio, Surdo, Molina, Cassanate & Castello in simili adducit dominus Read. decis. 33. nu. 13. Y las decisiones desta clausula hazen esta pretension mas clara, scilicet ibi: *Porque el dicho matrimonio.* Et ibi: *Para que el dicho Antonio Pastor.* vt aduertit dom. Cast. d. cap. 119. n. 19. 20. 21. & 22. Gratianus cap. 96. n. 26. Y assi non ita de posteriore matrimonio cogitatum. Y para que se reconozca que esta promessa fue respectiuamente hecha al dicho matrimonio indiuidualiter, y no a otro, se aduierte, que el dicho Antonio Pastor era deudo del dicho Manuel Santos, vt constat de la escritura de transaccion, hecha entre el suso dicho y doña Iosepha, fol. 288. en el primero ramo. Facit txs in l. cum aliena 10. C. de leg. vbi legatum de re aliena, quam suam putabat testator, ita demũ valet, si proximæ personæ fiat cũ alias non valeret, vbi Gophredus ex Tiraquel. lit. R. notat in specie illius txs proximã personam esse, quę quolibet gradu etiam remoto attingit

Quod quidem ratione probatur, porque la promessa se hizo, como queda aduertido, cõtemplatione dicti matrimonij, vt constat ex verbis proximè relatis, y respeto del matrimonio con Antonio Pastor, non potest porrigi ad aliud, que ni

fue

18 fue nombrado, ni huuo memoria de ella, l. si vnus, §. ante omnia, D. de pactis. Y siendo esta promessa condicional, vt supra traddidimus, la cõdicion se ha de cumplir in specifica forma, l. cum hæredi, cum vulg. D. de condit. & demonstrat. Surdus cons. 298. n. 2. Y no basta cumplirla per æquipollens, contrayendo otro matrimonio con otra persona no comprehendida en la condicion. Craueta cons. 796. n. 5. Menochius cons. 1. n. 410. & cons. 35. n. 4. Surdus decis. 209. n. 2. & 3. & de alimẽtis tit. 5. q. 3. n. 16. Flaminius de resignat. lib. 1. q. 3. n. 15. Valascus consult. 82. n. 11. Zeua q. 900. n. 56. Y ya se sabe, que la cõdiciõ, ora sea tacita, o expressa, aut à iure subintellecta, dà forma a el acto, l. hæreditate, l. Mebius, D. de condit. & demonstrat. & ex Baldo, Ruino, Iassone, & Hondedeo, traddit Castel. d. cap. 119. n. 7. Y esta es la fuerça de la condicion y forma, q̃ faltando en qualquiera cosa, por minima y menuda que sea, corruit actus; y nada se puede pedir en virtud del acto condicional, como ni de aquel a q̃ le faltò alguna cosa de la forma del: sic DD. communiter, præcipuè Iass. & Alciatus in l. 1. D. de liber. & posth. Zeuallos lib. 3. quæst. 749. nu. 33. Y assi no ay que disputar: Vtrũm positum in conditione intersit, vt impleatur, ni si es, o no, de momento, como deduxo bien Aluaro Valasco consul. 149. n. 13. de la ley Mebius, y de la ley qui hæredi, D. de condit. & demonstr. y de la ley cùm ad præsens, D. si certum petatur. Quod quidẽ, no solo procede respeto de aquel matrimonio que no tuuo efeto, ni se siguio, sino tãbien respeto de otro qualquiera que contraxesse doña Iosepha: y assi, aunque contrayendose el primero matrimonio, estaua cumplida la condicion, y se pudiera pedir la dote para el segũdo, at verò no auiendo tenido efecto verdadero, y faltado cõ esto la condicion, faltò la obligacion de la promessa, no solo para en quanto al primero, sino en quanto al segũdo: argum. text. in l. si mater, §. 1. D. de vulgari, & ex pluribus traddit Cassanate cons. 2. n. 31. & in terminis D. Castell. d. cap. 119. n. 9.

Y desta precision tan forçosa y precissa del cumplimiento de la condicion, nace vna cosa muy en comprobacion de lo que vamos fundando; videlicet, que hecha la promessa a la hija para casarse con Pedro, verbi gratia, si se casa con otro, aunque despues dissuelto el primero matrimonio, se case con el mismo Pedro con quien se hizo la promessa, adhuc dos nõ debetur, nec committitur stipulatio, l. si sponsalibus 58. D. de ri

tu

tu nuptiarum: *Si sponsalibus nondum factis* (inquit Consultus) *Titio dotem Seiæ nomine promisseris, cum ea nubere ei nollet, tamen si postea nupserit, dotem debebis, nisi aliæ nuptiæ mediæ interuenissent*. dict. l. dotis promissio 68. ibi: *Quod enim vulgatum est dotis promissionẽ, in primis dumtaxat nuptijs destinari, neque durare obligationem; si post alterius matrimonium ei nubat, cui dotem promisserat, tunc locum habet, cùm intercesserunt aliæ nuptiæ*. Et comprobatur per textum in l. si inter virũ, 24. D. de pactis nupt. ibi: *Nam sufficit eos ex eo matrimonio nasci in quo dos data est*. Traddit D. Molina lib. 2. de Hisp. primogen. cap. 13. n. 16. per text. in d. l. hęc conditio, & l. hoc genus, D. de condit. & demonst. Emanuel Acosta in l. cum tale pactũ, §. si arbitratur, D. eodem, limit. 6. n. 3.

Mas apretado es el caso de la ley stipulationem 21. iuncta l. sequenti, D. de iure dotis, adonde sin interuenir otro matrimonio, sino interueniendo repudio, o dissolucion de las sponsalias, aunque despues eidem nupserit, non conualescit stipulatio, vt ex Baldo notauit Gophredus in d. l. stipulationẽ, lit. L. eleganter dominus Rea, d. decis. 24. n. 3. & 4. vbi de explicatione verborum, si Nuntius remittatur.

Lo segundo y principal, per tex. in l. si ego, 9. D. de iure dotium, adonde se repite la dote prometida, en caso que el matrimonio, cuius respectu data fuit, no se contraxo por algun impedimeuto, aun prouenga sin culpa de la muger, en cuyo fauor se dio, o se prometio; y este obedientissima y dispuesta a cumplir la condicion. Latissimè & eruditè Franciscus Molinus lib. 3. de ritu nuptiarum, q. 6. ex n. 52. vbi quod quãdo pater fecit donationem filio contemplatione matrimonij cum certa muliere, quę postea noluit ei nubere, cessat causa donationis, & ipsa donatio prosequitur, n. 53. & seqq. allegans ad idem Molinam. Barbo. Tellum, Miers, & Bald. & refutat satis doctè contrarium tenentes, & respondet iuribus pro cõtraria adductis, mucho mas quãdo (como en nuestro caso) el matrimonio no tuuo efecto, por defecto de voluntad de doña Iosepha, *cùm ea nubere ei nolet*, d. l. si sponsalibus 58. que como ella lo afirma y confiessa en la escritura de transaccion, que queda referida, el matrimonio sea nullo ex defectu voluntatis, y por auerlo contraido forçada por sus padres.

Y cierto, que es cosa fuerte, y que parece que abhorret ab omni benẽ fundata iurisprudentia & ratione, que el padre concierte de casar a su hija con persona que el eligio, y q̃ por

ser esto asi, se animò a prometer vna dote crecida, y que ella se case y luego deshaga el matrimonio, por dezir que fue forçada, y se case con otro, sin que el padre interuiniesse (como en nuestro caso) en el segundo matrimonio, y que le ayan de obligar a que le dè la misma dote que prometio en el matrimonio q̃ el concertò, contra tex. in l. si vt proponis 7. C. de nuptijs, & not. glos. vers. mensurã, in d. aut. sed quãuis, C. de rei vx. actione, & est contra rationẽ, tx. in l. si filia 5. D. de diuort. & repud. cuius pulchra sunt verba: *Si filia emẽcipata id circo diuertat, vt maritum lucro dotis adficiat, patrẽ fraudet, qui profectitiam dotẽ potuit petere, si constante matrimonio decessisset, & ideo patri succurrẽdũ est, ne perdat, non enim minus patri quàm marito succurrere prætorem oportet, danda igitur est ei dotis exactio, atque si constante matrimonio decessisset filia.* l. non solùm 3. D. soluto matrim. ibi: *Non solũ in exigenda, sed etiam in soluenda dote, quæ communis est patris & filiæ, vtriusque voluntas exquiritur, nec alter alterius deteriorem conditionem facere potest.*

Sed adhuc (como queda dicho) aũq̃ el matrimonio se dexase de hazer sin culpa ni inobediencia de la hija, sino q̃ realmẽte estuuo obediente para contraerlo, & contrahere nõ possit, non debetur dos, aunque el cumplimiento dela condicion se le impidiesse por vn tercero, vti ex l. inde Neratius, §. idem Iulianus D. ad leg. Aquil. & ex gloss. Bart. Alex. Iass. Decio, & cõmun. traddit dom. Molina, d. lib. 2. cap. 13. n. 20. Y lo q̃ es mas que aun dada y entregada, la puede reivendicar el padre, d. l. si ego, ibi: *Quare etsi sequi nuptiæ non possunt propter matrimonij interdictionem ex posteriori casu meæ remanebunt.* Bart. in d. l. si cum dotẽ, n. 7. ibi: *Quando matrimonium non sequitur, lex nunquam fingit donationem in muliere.*

Lo qual procede aunque el matrimonio se aya contraido de hecho, sino tuuo efecto de derecho taliter, que paraque no se pueda pedir la dote prometida, ni la hija tenga accion alguna por la promessa, lo mesmo es no auer contraido el matrimonio, que auerlo contraido: nulliter tamen quod probatur.

Primo per text. in l. si serua seruo 39. §. fin. D. de iure dotiũ, adonde contrayendose el matrimonio por el impotente, sicuti nullum est ipsud matrimonium, ita enim nulla est dos, & dotis promissio; y tan libre queda el que promete la dote, no contrayendose matrimonio, que si se contrae contra derecho y con nulidad, §. aduersus inst. de nuptijs; & ad hoc adducit

dom.

dom.Rea,dict.decis.33.num.2.& non præstat impedimentum,quod de iure non sortitur effectum,cap. non præstat de regul.iur.lib.6.& idem est aliquid non fieri,vel minus legitimè fieri.l.quoties,D.qui satis dare cogantur, & tenet in terminis Fontanella de pact.nup.1.tom.clau.4.glos.1 n. 64. addit ad dom.Molin.de Hisp.primog.lib.4.cap.2.n.18.vers.cæterum,in fine.Molino in terminis de ritu nupt.d.q.6.n.67.& seqq. Lo segundo per text.in l.quod seruum 8.D.de condict. causa data.Tertio per text.in l.si quis.6.D.soluto matrimon. Quarto per text.express.in l.hæc conditio 10.§. Sed enim,ff. de condit.& demonstrat.*Sed enim*(inquit Vlpianus) *non omnes coniunctiones implent conditionem,puta nondum nubilis ætatis in domũ mariti deducta,non paruit conditioni,sed etsi ei coniuncta sit,cuius nuptijs ei interdictum sit;idem dicemus,&c.* Ya dexamos fundado, q̃ esta promessa de dote,aunque no se expresse,tiene en si embebido la condicion *si nuptiæ sequantur*,pues este texto dize, que no se cũple esta condicion cõtrayendo matrimonium nullum , & est ratio,quia ad hoc vt dicatur impletam esse conditionem,debet esse impleta non solùm de facto,sed etiam de iure, l. 1. in fine,D quod quisque iuris,l.eadem,C.si mancipium ita fuerit alien..notat Bart.in d.l.hæc conditio,n.1.& in l.Titio centum,§.fin.n.7.D.de condit.& demonstrat.quia idem est non esse aliquid,vel effectum non habere.l.1.§.hæc verba,D.de re iudicata,cum alijs adductis a Dom.Rea.d decis.33.nu.10.vbi n.2.quod donatum causa nuptiarum referendum est ad iustas nuptias,&n.7.quod in hoc casu debẽt durare nuptię,&si fuerint dissolutæ,deficit donatũ. Y la misma promessa deste pleyto lo denota bien,ibi:*Y porque este matrimonio se haze y efectúa*, de modo,que no solo miraron los dotadores a el mero hecho,si no a que fuesse con efecto:expresè,& doctè Fontanella de pactis nup.2.tom.clausula 4.gloss.1.n.64.

Lo quarto,principaliter facit,que quando el pacto y promessa se haze respectu certi,& determinati matrimonij, con persona señalada y nombrada en la promessa:porque en este caso,ora se haga por el estraño,o por el padre, para que llegue el caso de poder pedir la dote prometida , es necessario precissamente que se contrayga aquel matrimonio efectiua y realmente:porque la causa final desta promessa fue el matrimonio destinado, l. Titio centum, 71. §. Titio geneto, D. ed condit.& demonstrat.cuius verba, quia mirè conueniunt

a la

a la promessa desta dote, libet referre ibi: *Titio genero meo, hæres meus dotis Seiæ filiæ meæ nomine dato*, correspondẽ estas palabras a las de la promessa, ibi: *Le prometemos y mandamos en dote con la dicha doña Iosepha*, prosequitur textus: *Legati quidem emolumentũ ad Seiam, quæ dotem habere incipit, pertinebit*. Y corresponden a la de la promessa, ibi: *Y por su dote y caudal conocido*. Sequitur, & facit ibi: *Sed quia non tantùm mulieri, sed Titio quoque, cui pecuniam legauit, consultum videtur prope est, vt ipse legatarius intelligatur, & ipse legatum petere debeat.* Et meliùs in §. *Ante nuptias verò Titio, vel muliere defunctis, legatum apud hæredem manet.* Que es lo q̃ corresponde a nuestro intento y pretension; y parece decisiuo de ella, scilicet, que quien auia de pedir, y a quien pertenecia la accion de nuestra promessa, era a Antonio Pastor a quien se hizo dotis nomine con doña Iosepha, teniendo efecto el matrimonio, por auerse hecho respectiuamente al dicho matrimonio, y no a otro. Et ad hoc ponderat hunc text. Bart. ibi n. 4. Menochius de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 146. n. 29. Fontanella de pactis nupt. 1. tom. claus. 4. gloss. 1. n. 50. & 2. tom. clau. 6. glos. 3. p. 1. nu. 2. vbi ita decissum fuisse testatur. Sequitur Bart. Anton. Gom. in l. 50. Tauri, n. 29. vbi ponderat d. §. ante nuptias, vt ex Barbosa, & alijs comprobat dom. Castell. d. cap. 119. n. 11. & seqq. & n. 16. quod illud matrimonium est causa finalis dictæ promissionis, quando fit respectu certi & determinati matrimonij de proximo contrahendi, d. Rea, d. decis. 33. n. 11. vbi ponderat dictionem causatiuam, vt, que correspõde a esta promessa, ibi: *Y porque el dicho matrimonio se haze y efectúa con nuestro acuerdo y voluntad, y para que el dicho Antonio Pastor tenga mas bien con que sustentar las cargas del, &c.* Quæ denotant causam finalem promissionis, l. alimenta, 16. §. Basilicæ, D. de alimẽtis leg. maximè, que como queda fundado, esta promessa es cõdicional, scilicet, si matrimonium sequatur cum Antonio, y la condicion inducit causam finalem, vt ex Baldo, Beccio, Negusancio, Peguera, Baldo, Nouello, Molina, & Fontanella traddit dom Rea. d. decis. 33. n. 15. vbi benè, & eruditè cõprobat, quod deficiente huiusmodi causa finali, corruit promissio, & promissor, videtur aliter facere nolluisse, nisi secuto matrimon. certo, & determinato.

Lo quinto, porque supuesto que, como queda referido, la promessa fue en fauor de Antonio Pastor, y que respeto de el matrimonio que con el se auia de hazer y efectuar, no se puede

de estender a otra persona no comprehendida, ni nombrada in dicta promissione, l. pater filium 38. §. quindecim, D. de legat. 3. vbi quod quicumque actus, qui ad certam personam refertur, ad alium non extenditur; quod quidem comprobatur ex decissione, txt. in l. cum dotem 22. D. soluto matrimonio, vbi stipulatio doti restituendæ in vno casu, nō extenditur ad alium, in quo nō loquitur stipulatio. Y assi la promessa de dote hecha para casar con Antonio, no se puede estender el casamiēto cō Pedro: porq̃ no se puede dar extension de la obligaciō de persona ad personã. Zephal. cōs. 527. n. 51. quæ omnia comprobatur per text. (quem ad hoc adducit dominus Rea, vbi supra n. 16.) in l. quia concubinam 29. D. de leg. 3. & facit text. in l. si vnus, §. ante omnia, D. de pactis, ibi: *aut cum alia persona*, vbi gloss. vers. noceat, l. iubemus, ad Velei, ibi: *vel ad certas res, vel personas*, l. vnica, §. accedit, C. de rei vx. act. Bart. in d. l. si cum dotem, n. 8. D. soluto matrimonio.

Lo sexto y peremptorio, porque doña Iosepha no tiene, ni a ella se le adquirio accion alguna contra sus padres, ex dicta promissione; la qual, y la estipulacion que se contraxo en las capitulaciones matrimoniales, fue entre Manuel Santos y su muger, y Antonio Pastor que la aceptò, sin que en esto interuiniesse doña Iosepha, ni aceptasse cosa alguna; ni a ella se le hizo la promessa, como consta de todo el contexto dela escritura: vnde procedit decissio text. in l. si pater, 5. aliàs si pro te pater, C. de dotis promissione: cuius hæc sunt verba: *Si pro te pater marito tuo stipulanti promisserit dotem, non tibi, sed marito, contra successores soceri competit actio*. l. si socer 44. §. Lutius, D. soluto matrimonio, & dicit esse alienū à dubitatione, Corneus cons. 153 vol. 4. n. 1. Vicentius de Franchis, decis. 33. n. 4. De aqui nace, que no auiēdo tenido efecto real y valido el matrimonio entre doña Iosepha y Antonio Pastor, ni el tuuo accion para pedir la dote, d. l. stipulationem, l. dotis promissio, D. de iure dotiū, l. item quia, §. 1. D. de pactis, ni a ella se le adquirio derecho alguno para pedir a su padre que le entregasse la dote prometida, pues la promessa se hizo al marido, y no a ella, ex iuribus & Doctoribus proximè relatis.

Nec tunc obstat, que la promessa aunq̃ se hizo a Antonio Pastor, fue contemplatione filiæ, y para colocarla en matrimonio, conforme al oficio y obligacion paternal, l. fin. C. de dotis promissione, & latè supra traddidimus in 2. argum. pro cōtrar. vers. todo lo qual procede.

Quia respondetur, que antes in d.l.si pro te pater, se determina lo contrario, y que en semejantes promessas solo se atiẽ de el desnudo hecho sin respeto a la persona contemplada, sicuti in specie traddit Bald.in l.pactum, quod dotali, nu. 7.C. de collat. Franchis d.decis.153.n.2.maximè, que aunque en esta promessa se considere que se hizo contemplatione filię, esto fue con total respeto al casamiento con Antonio Pastor: y esto denotaron las palabras de la escritura, ibi: *Otorgamos en fauor de Antonio Pastor*, y las demas que quedan ponderadas supra in quarto fundamento: y asi no solo huuo el desnudo hecho de la promessa hecha a Antonio Pastor, sino respeto y atẽciõ al casamiento que los dotadores supusieron y paccionarõ expressamente, que se auia de hazer, y tener efecto.

Septimo & vltimo faciunt traddita latissimè per Mieres, de maiora.1.p.q.39.ferè per totam. Molino, d.q.6. Matienço Angulo, & alij, quos sequitur, addit dom. Ludouici Molinæ, lib.4.de Hispa.primog.cap.2.n.18.dom.Rea, d. decis.33.ex n.1.& seqq.vbi in nostris ferè terminis eandem partem defendit, & pro ea decissum fuisse in Granatensi Prætorio, & cõtrariæ partis fundamentis eruditè, vt assolet respondit; cuya autoridad y fundamentos bastaua para la resolucion desta question y decission deste pleyto. Domin. Ioã del Cast.d. cap.119 per totum. Fontanella, de pact.nupt.d.claus.4.gloss.1.n.54.& seqq.& 2.tom.claus.6.gloss.3.p.1.n.4.& seqq. maximè n.24.

TERCERA PARTE DEL ARTICVLO primero.

A esta tercera parte deste articulo primero pertenece el responder a los fundamentos que propusimos por la parte contraria, de cuya respuesta tambien han de resultar nueuos fundamentos, y diferentes de los que dexamos propuestos por la justicia de Pedro de Bohorques.

Non obstat igitur primum fundamentum, en que se pretẽde de q̃ la promessa de dote q̃ el padre haze a su hija, induze el derecho vna tacita, e irreuocable donacion de la cantidad que le promete, la qual queda eficaz para qualquiera matrimonio, ex tradditis in primo fundamento, quia respondetur.

Lo primero, que la doctrina referida no procede indistintamente, sed cum distinctione & limitatione, videlicet, q̃ quã

do

do la promessa se haze generalmente para casar la hija, en este caso la promessa queda eficaz, no solo para el primero, sino para el segundo matrimonio: at verò quando la promessa se haze respectu certi, & determinati matrimonij cum certa, & nominata, & determinata persona, tũc enim nisi cum ea cõtrahatur, no se deue la dote prometida, y cessa la causa della, y sus efectos; como en nuestro caso, sicuti enim in indiuiduo per plura fundamenta, & rationes tenent quam plurimi relati per Molinum, de ritu nupt. d. quæst. 6. n. 52. & seq. vbi etiam ad iura. & fundamenta contrariæ opinionis respondet. Probant etiã cæteri Doctores, & iura, quę traddidimus supra in primo fundamento nostræ iustitiæ.

Lo segundo, respondetur, que la doctrina cõtenida en este fundamento contrariæ partis, supone que huuo dos matrimonios: el primero en que se hizo la promessa, d. l. dotem 30. D. de iure dotium, ibi: *Dotem, quæ in prius matrimonium data est.* Y segundo, para el qual se pretende introduzir tacita donacion, vt constat ex tex. ibi: *Non aliter in posterius matrimoniũ, &c.* Txs expressus in d. l. dotis promissio. D. de iu. dot. ibi: *Quod enim vulgatum est dotis promissionem, in primis dumtaxat nuptijs destinari, neq; durare obligationem, si post alterius matrimonium ei nubat, cui dotem promisserat, tunc locum habet, cùm intercesserunt aliæ nuptiæ.* At verò en nuestro caso no huuo, ni se contraxò el primero matrimonio, para el qual se hizo la promessa, quia quamuis de facto fuit contractum, en la verdad y existentia real no le huuo: y assi no se puede llamar primero matrimonio el que ni en sentido natural ni ciuil lo fue. Y las palabras de los textos se han de entender e interpretar, secundum verum sensum, non fictum & imaginarium, l. fideicommissum 76. D. de condition. & demonst. l. si ita quis 51. §. is cui, D. de leg. 2. Rolandus à Valle, cons. 100. n. 35. & seqq. lib. 2. Surdus, decis. 303. n. 1. & cõs. 90. n. 24. Pater Thom. Sanchez, de matrim. lib. 3. disp. 23. n. 6. maximè, q̃ los textos los hizieron hombres doctos, y se deuen entender ciuili modo y de acto valido, y no de matrimonio nulo. Y si miramos las palabras de la promessa, esto es mas indubitable: porque claro està que su intencion fue, y la promessa se hizo para matrimonio valido, y no para matrimonio nullo, lege qui foueas, l. si putator, D. ad leg. Aquil. cap. in tantũ de simonia. Gonçalez in reg. 8. Chance. gloss. 55. nu. 12. vers. & ideo. y Fõtanella in terminis, d. claus. 4. gloss. 1. n. 64. & seqq. cũ alijs

ſupra relatis. Ex quibus deducitur, que como quiera que el dicho matrimonio iure conſiſtere, non potuit, ni ſe puede llamar con eſte nombre, ni darſele nombre de dote a la prometida, l. à diuo Pio, D. de ritu nuptiarum, cum alijs ſupra adductis: & traddit in terminis, & pluribus confirmat Iacobus Butrigarius, de dote, n. 13. & ſeqq. Ni del ſe puede ſeguir, ni conſeguir coſa valida, ni de vtilidad: quia ex nihilo nihil ſequitur, ex l. 4. §. condemnatum, D. de re iud. cum vulg. Y aſsi no ſe puede llamar acto ſecundario, quando el primero fue nullo: y ſi el ſegundo ſe ha de regular por el primero, eſte fue nulo, y del no ſe puede regular obligacion efectiua, ni preſumir ſe donacion para el ſegundo: nullius enim entis nullæ ſunt qualitates, l. 1. D. de vſu, & vſufr. leg.

Tertiò reſpondetur, quod d. l. dotem 30. cum concordantibus, ſe entienden quando el matrimonio ſe contraxo dos vezes con vna miſma perſona, ya ſea porque la primera vez ſe hizo, & contractum fuit inualidè, porque tuuo algun defecto o impedimento, que eſtoruó el contraerſe validè; y deſpues quitado el impedimento ſe contraxo validamente cõ la miſma perſona: ya ſea porque en terminos del derecho ciuil, el matrimonium diſſolutum fuit por repudio; & poſtea redintegratum eſt; en eſtos terminos nihil mirum que la dote prometida para el primero matrimonio inualido, cenſeatur repetita para el ſegundo, contraido con la miſma perſona a quiẽ tuuo afecto el dotador. Y en eſtos terminos hablan la ley dotẽ 30. cum concordantibus, ſicuti illa iura intelligit Salicetus in authent. ſed quamuis, C. de rei vxo. act. Corneus conſ. 254. n. 13. lib 1. vbi profitetur ſe â iuuentute, vſque ad ſenium ſemper in hac fuiſſe ſententia. Riminaldus conſ. 105. n. 11. cum ſeqq. Gotophredus in notis ad l. dotem, lit. C. & probat txs in l. plerique 33. D. de rit. nupt. l. Diuus 40. D. de iur. dot. & probat mihi txs in l. quod ſi non diuortium 31. D. de iure dot. ſuponiendo, que la ley dotem 30. precediente (en que ſe haze la fuerça del primero fundamento contrario) dize, que la dote prometida en el primerero matrimonio, ſiempre ſe entiende en el ſegundo, niſi probetur aliud conueniſſe: y acabando cõ eſtas palabras, ſe ſiguen d. l. 31. in hæc verba: *Quod ſi non diuortium, ſed iurgium fuit, dos eiuſdem matrimonij manebit.* Bien ſe denota con eſto, q̃ la ley precediente habla de dos matrimonios contraidos entre vnas miſmas perſonas, o por mejor dezir, redintegrado el

prime-

primero con el ſegundo:la palabra iurgium de la ley 31.lo de declara bien:Iurgium enim idem eſt quod *fribuſculum*, de quo loquitur tex.in l.cùm hic ſtatus 32.§.quod ſi diuortium,D.de donat.inter (de quo Diuus Iſidorus lib.9.Ethimolò.cap.fin.) y todo viene a ſer lo miſmo que algunas renzillas o diferencias que ay entre marido y muger,por las quales el, o ella ſe apartan vno de otro,ſin interuenir repudio,o diuorcio ſolemne:de quo txs in l.inter diuortium 191.D.de verbor.ſignif.l.2 D.de diuortijs,& repud.ſino vna diuiſion hecha in calore iracundiæ:de qua txs in l.ſi liberis 27.D.de pactis dotal, l. quidquid.D.de reg.iur. De modo, que juntos eſtos dos textos, la ſentencia de ambos es,que precedeiendo diuorcio,o repudio ſi el matrimonio ſe buelue a reconciliar la dote del primero ſe preſume repetida en el ſegundo:& hæc eſt ſententia d.l. 30 pero ſi no huuo repudio,o diuorcio,ſino alguna pedençuela, y luego ſe bueluen a juntar,como es vn miſmo matrimonio, dos eiuſdem matrimonij manebit,de modo,q̃ en ambos textos ſe ſigue vn miſmo tema;y la diferencia ſolo es, que en el vno interuino diuorcio verdadero;y enel otro apartarſe propter iurgium,ſeu fribuſculum in calare iracundiæ:yambos caſos entre vnas miſmas perſonas,quod expreſsè probat,l. Diuus 40.D.de iure dot.Y aun en eſtos terminos es neceſſario q̃ redintegratur matrimonium cum voluntate patris, vt notat gloſſa in d.aut ſed quamuis, verſ.menſuram,per text.in l. ſi vt proponis,7.C.de nupt.l.cũ maritus 29.§.Titius,D.de pactis dotalis De aqui nace,que en terminos de la autentica, ſed quãuis,y delos demas textos concordantes deſta materia,ſi la hija ſe caſa ſegunda vez poſt mortem patris,no tiene accion para pedir que ſe le dè la miſma dote para el ſegundo matrimonio que ſe le prometio en el primero,vt adnotauit Barboſa in d.l ſi cùm dotem,§.ſi pater,n.25.D.ſoluto matrimon.Lo qual tambien ſe aplica a nueſtro caſo: porque doña Ioſepha ſe casò con don Pedro,deſpues de muerto Manuel Santos de Saldaña.

Lo quarto,porque el ſupueſto de q̃ hecha la promeſſa por el padre para determinado matrimonio con perſona ſeñalada y nombrada,el derecho preſume vna donacion tacita,e irreuocable para todos los matrimonios que hiziere y contraxere la hija,aunque no ſe caſe con el que ſeñalò y nombrò el padre,es falſo:porque no ay ley que induzga ni preſuma tal

 dona-

donacion,ni lo trae Paschalio,que es el que defendiendo a la parte de quien era Abogado,apretò mas la opinion cõtraria. Y ya se sabe que la donacion no se presume,y a la presuncion de donacion haze resistencia el derecho,l.cũ de indebito,versic.si verò,D.de probat.cum vulg.latè Tiraq. in l. si vnquam, vers.donatione largitus,n.206.C.de reuocandis donat. antes omnis sumitur coniectura, vt donatio euitetur, l. eleganter §.qui reprobos,D.de pign.act.Surdus cõs.262.n.77.& potius error,quàm donatio præsumitur.Mascardus de probat.cõclu. 554.n.5.Menochius cõs.1.nu.215. Ægidius in repet.l. ex hoc iure,D.de iustitia,& iure,1.p.cap.11.n.25.

Præterea,quando se pudiera aduersantibus iuris principijs præsumitur donatio para el segundo y demas matrimonios: no empero irreuocable,porque los textos no lo dizen, antes lo contrario,aunque sean para vn mismo matrimonio,vt probat text.in d.authent.sed quamuis,ibi: *Non tamen,licét ei filia de nuo nubente diminuere priorem dotis mensuram,nisi fortè substantia sua decrescat aliquafortuita clade;tunc enim ampliùs secundo marito integrã dotẽ præstare non cogitur,nisi quatenus facultates ipsius patiuntur.* Ex quo txu duo ad nostrũ propositũ conducibilia deducuntur. Lo primero,que la obligacion que el padre tiene,de cõseruar la misma cantidad del dote que prometio a la hija para el primero matrimonio y darsela para el segundo, no es por donacion irreuocable,pues si lo fuera,no estuuiera sugeta a diminucion, diminuyendose el patrimonio del padre,aliqua fortuita clade, como dize el texto,sino entera se le auia de conseruar, aũque despues contraxesse muchas deudas:pues para cobrar el marido la dote que se le prometio, tiene el mismo derecho que la muger para repetirlo de el,llegado el caso dela repeticion. Couarrub.lib.1.variarum,cap.7.n.1.Paz in praxi 3.tom.cap. 6.§.12.n.8.& facit l.23.tit.13.partita 5. Lo segundo,que el texto presupone primero y segundo matrimonio;el primero,en que hizo la promessa;y el segundo,para q̃ se repite, y ambos matrimonios validos y verdaderos;pues la ley, siempre,se ha de entẽder de actu valido,como tãtas vezes dexamos dicho. Lo tercero,porque este texto habla no en caso de dote prometida,que es el nuestro,sino de dote dada, que es diferente,vt constat ex textu,ibi: *Ad patrem reddeat.*

Ex quibus deducitur,que el derecho no presume tacita donacion irreuocable,por la promessa hecha en el primero matrimo-

trimonio para todos los demas que se siguieren, sino q̃ auiendo dotado a la hija vna vez, y ella por el matrimonio adquirido derecho a la dote; si esta, soluto matrimonio, huuiere de boluer al padre, ya sea por razon de la patria potestad; ya sea por virtud del pacto que en la promessa se puso, de que se huuiesse de restituir al padre, soluto matrimonio, que sõ los dos casos que insinùa el texto in d.l. authent. sed quamuis, ibi: *Sed quamuis dos potestatis, aut pactionis iure ad patrem reddeat.* En este caso la tassacion que vna vez hizo el padre, de la cantidad de dote que señala a la hija en primero matrimonio, esta misma censetur facta para los demas matrimonios, sino es que el patrimonio se diminuyó: vt probant expresse verba textus, ibi: *Non tamen licèt ei filia denuo nubente diminuere priorem dotis mensuram, nisi fortè substantia sua decrescat.*

Deducitur secundò, que este texto es el mejor del mundo, para fundar la pretension de los acreedores, tanto porq̃ el texto habla de primero y segundo matrimonio valido, como y porque quando doña Iosepha casò con don Pedro, ya el patrimonio de Manuel Santos estaua tan diminuido, que ni auia para pagar a los acreedores q̃ tenia y todos estauã causados antecedentemẽte al segundo matrimonio, y muerto ya Manuel Santos: y asi no puede pretender que se aya de dar la misma cantidad de dote: y si esta se ha de regular, quãtũ facultates paterne patiuntur, no ay hazienda alguna, ni la auia al tiempo del casamiento con don Pedro de que poderle dar dote. Deducitur & tertio, que supuesto q̃ no ay obligacion de dar la pretensa dote, por los fundamentos que quedan referidos; y que no ay fundamento en lo substancial de la obligacion principal, tampoco le aurà en lo accessorio y consecutiuo de las calidades, y repeticion de la hypoteca. Nec obstat d.l. item quæritur, §. qui impleto, D. locato. Asi por lo que queda referido, como y por que aunque la tacita reconduccion se ha visto hazerse con las mismas calidades e hypotecas que la principal: esto supone validacion de la primera, y que la huuo realmente. Y con todo la hypoteca para la tacita reconduccion, quando (como en nuestro caso) ay perjuyzio de tercero, como son los acreedores de Saldaña, que teniã derecho adquirido a sus bienes, no se les puede perjudicar, vt colligitur ex tradditis per Gometium 2. tom. variar. cap. 3. n. 17.

His omnibus addendũ est, que la promessa de dote hecha

a la hija para cierto y determinado matrimonio, se entiende conforme a derecho, si permanserit in illo matrimonio, & rebus sic stantibus, & permanentibus in eodem statu, vt in terminis traddit Gratianus 1.tom.discept.foren.cap.96.n.23. & 34. Surdus cons. 445.n.35. & 36.

Nec obstat secundum argumentum pro contraria parte adductum, porque a este argumento, y a los fundamentos q̃ tuuierõ para la doctrina en el referida, Baldo, Palacios, Rubios Gomez Arias. Segura, y Cifuentes: latè respondit Molino de rat. nuptiarum, lib.3.q.6.n.54.& seqq. A donde responde a la ley si extraneus de cõdit.ob causam, y a otros textos desta materia, y latè y doctamente la trata y resuelue.

Ni obsta lo que se dixo en este fundamento, de que la promessa hecha por el padre, se entiende hecha contemplatione filię, y por cumplir con la obligacion y oficio paterno: porq̃ como arriba dexamos fundado, aunque esto sea asi, toda via la causa final desta promessa es el matrimonio, para el qual se hizo; la qual cessando, cessa tambien la obligacion, maximè, que no se puede dudar del afecto que el padre tuuo al matrimonio con Pastor; y que por las palabras põderadas, y fundamentos referidos para adquirir derecho doña Iosepha por la dicha promessa, para que se entendiesse repetida enlos demas matrimonios, deuio contraerle validamente con Antonio Pastor, ex tradditis per dom. Ream, Castellum, & Molinũ, vbi supra, vt rebus, & non verbis imponamus pactioné, l. promittendo, D. de iure dot.

Nec obstat tertium argumentum, quia multipliciter respõdetur. Lo primero, que el pacto de la capitulacion, de que soluto matrimonio por diuorcio, o por muerte, o por otra causa de las que el derecho permite, se le huuiesse de restituir la dote a doña Iosepha, no puede obrar cosa enel caso sucedido, porque este pacto supone entrega de la dote: porque claro està, q̃ Antonio Pastor no estaua obligado a restituirla, hasta que se le huuiesse entregado, tampoco puede obrar cosa alguna el pacto; antes por el se induze, que miẽtras no se le entregò, no tiene derecho doña Iosepha para pedirlo a su padre: quia inclusio vnius est exclusio alterius, vt dictat vulgare dicterium, ex cap. non ne bene dicimus nos, ex [a]. de præsumpt.

Lo segundo se responde, que tambien este pacto presupone que auia de preceder matrimonio valido: porque mal podia

dia auer diuorcio, ni dissoluerse matrimonio q̃ no huuo, quia priuatio præsupponit habitum: quia nemo priuatur, nisi prius habuerit id, de quo fuit priuatus, l. decem 117. D. de verborũ obligat. l. non potest videri, ff. de reg. iur. §. seruus, inst. de capitis diminutione, cap. ad dissoluendum, de desp. imp. Mantica, decis. 166. n. 4. Y assi parece, que este argumento se retuerce contra la otra parte: porque si la restitucion de la dote la auia de hazer Antonio Pastor a doña Iosepha, auiendola recibido, y dissoluiendose el matrimonio por qualquiera causa que fuesse; luego bien se sigue, que si la dote no se recibio, ni el matrimonio se dissoluio, porque no se contraxo, a contrario sensu, por esta misma promessa y pacto no tiene derecho doña Iosepha para pedir que se le pague la dote, vt contrariorũ, eadem sit ratio, & disciplina, vulg. l. 1. D. de ijs, qui sunt sui, §. 1. instit. eod. cap. translato de constit.

Nec tunc obstat d. l. si extraneus 6. D. de condit. causa data, causa non secuta; quia (omissa solutione doctissimi Antonij Fabri, in rationalibus, ad d. text in ratione decidendi) respondetur primò, que la regla deste texto comprueba con euidēcia lo que dexamos dicho, ibi: *Quia de his casibus solummodò fuit conuentum, qui matrimonium sequuntur; nuptiæ autē secutæ non sunt, &c.* Ex quibus verbis deducitur, q̃ el pacto de restituir la dote, soluto matrimonio, supone por antecedente precisso, q̃ el matrimonio se ha de contraer; aliàs si no se contrae la dote, se ha de restituir al q̃ la dio, aunque sea padre el dotador, ibi: *Conditionem patri cōpetere Marcellus ait*, traddit dom. Rea, d. decis. 33. n. 11.

Lo segundo se responde, que este texto habla en caso que el padre puso pacto en la promessa, o entrego de dote paraque se le restituyesse, *Quoquo modo finitum esset matrimonium.* Dudose si no se auia contraido el matrimonio, a quien se auia de hazer la restitucion. El texto dize, que al padre: porque la promessa y el pacto tiene implicita en si la condicion si nuptiæ sequantur, l. si donaturus 9. cum alijs, D. de cond. causa data: *Et verisimile est in hunc quoque casum eum, qui dat sibi prospicere*, vt inquit d. l. si extraneus. Esto es imposible aplicarse al pacto desta dote en fauor de doña Iosepha: porque si bien el pacto de restitucion se puso en su fauor en caso que se dissoluiesse el matrimonio, y que cōforme a esta ley, parecia que lo mismo se auia de dezir, aũque no se huuiesse cōtraido por la semejança que el Iurisconsulto considera en vn caso a otro. At verò era imposible, que a la hi

38

ja en los terminos de aquel texto, se le adquiriesse derecho para repetir ella la dote, aunq̃ el padre pusiesse el pacto, y lo quisiesse expressamente, l. donationes, §. pater filiæ, l. si pater, D. de donationib. l. siue emancipati 17. C. eodem, l. 2. C. de inoffi. donat. Considerat Anton. Fab. in d. l. si extraneus circa finem, si no era siguiendose el matrimonio, cuius prætextu donatum fuit Menoch. de præsũpt. lib. 3. q. 79. n. 74. quod procedit quãuis de facto contractum fuisset, vt rectè notat D. Rea, d. decis. 33. num. 12.

Nec obstat quartum argumentum deductum ex l. 2. §. fin. D. de priuileg. cred. Porque este texto, y lo que cerca del discurre Paschalio d. cap. 4. n. 99. no tiene que ver con nuestro caso, en el qual la promessa se hizo por el padre, sin entregarla, ni seguirse el matrimonio: quo casu no ay dote, como quiera q̃ no lo puede auer sin matrimonio, ex pluribus supra allegatis. At verò d. §. fin. loquitur del dote entregado por la muger spõso de futuro con quien no se contraxo matrimonio, tunc ad repetitionem huiusmodi dotis, le pertenece a la muger vna acciõ personal, priuilegiada respeto de los demas acreedores: in quo fallitur Paschalius, diziendo, que a la esposa de futuro le pertenece hypoteca tacita con todos los priuilegios dotales, y los fundamentos de que se vale, son falsos. Lo primero, porque el texto no lo dize, antes con el se prueba lo contrario; porque el titulo en que està colocado, es de priuilegijs creditorũ, el qual habla solo de los priuilegios entre los acreedores personales, a diferencia del otro titulo, qui potiores in pignoribus habeãtur. Brantius, & Iacobus Cujatius in parathlicis ad illos tit. Y ya se sabe, que las leyes se han de entender cõforme a la rubrica sub qua sitę sunt, vt notatur in l. Imperator, D. de in diem adiect. & probat proæmium Codicis, siue de nouo, C. faciendo, §. quibus, ibi: *Et congruis titulis subdere.* Euerandus in topicis legal. loco 92. à Rubro n. 1. Y assi el priuilegio que el texto le dà a la esposa de futuro, para repetir la dote que dio al esposo prætextu matrimonij futuri in illis verbis, ibi: *Tamen æquum est hanc ad priuilegium admitti*, es el de la rubrica sub qua collocatus est. Rodriguez de concursu creditorum 2. p. art. 2. num. 5. Lo segũdo, porque la gloss. vers. ad priuilegium, aunque propuso la question y duda: Vtrùm le pertenecieße a la esposa de futura tacita hypoteca dotal ad repetendam dotem: y la expressa puesta en la obligacion de restituir la dote, soluto matrimonio; y refiere

fiere alguas opiniones, nihil resoluit, vt testatur Iass. in § fuerat, n.38. inst. de act. Lo tercero, porque la verdad, y cierto es, que como queda dicho, solo le pertenece la cõdiccion por derecho personal con priuilegio; vt dissertè affimat gloss. in l. eos 9. C. qui potiores, verbo competunt, quam sequitur Iass. in d. § fuerat, n.38. sequuntur Din. Iacob. de Are, & omnes, vt testatur Bart. in d. §. fin. n.6. vbi Ripa n.21. testatur de comm. opp.

Todo lo que queda referido concluye en razon de la repeticion de la dote dada sponso de futuro, quando no se contraxo el matrimonio para repetirla de el. At verò en quãto al matrimonio putatiuo, para pedir la dote prometida, y que la pague el padre, no siendo verdadero matrimonio, no ay priuilegio alguno: porque los priuilegios que se conceden al matrimonio putatiuo, son para con el marido, y esto con distincion: de qua Antonius Gomez in l.53. Tauri, numer. 56. No empero respeto del que prometio la dote para cierto matrimonio, que en este caso no tiene priuilegio alguno: ni se puede dar calidad de priuilegio, pues falta la substancia y sujeto de la obligacion l. 4. §. fin. D. de act. empti. l. fin. C. de coll. bon. l. nullam, §. si absentis, D. de adqui. poss. Anton. Gom. in l.17. Tauri, num.19. vers. primo. Surdus cons. 34. n.13. Qualitas enim rei, quæ non est, non potest considerari. Oldradus cons. 203. vers. ad secundã quæstionem. Y el argumento de matrimonio verdadero al putatiuo, no vale en perjuyzio de tercero, vt in simili traddit Sesé, decis. 45. n.51. & 171. n.2. Ægidius in repet. l. 1. C. de sacrosãctis Eccles. 5. part. §. 2. n.20. Fusarius, de substit. q.429 n.22.

Y aunque en la promessa desta dote, sobre que se litiga, ay hypoteca expressa de los bienes delos dotadores, es solo respeto de aquel matrimonio que no tuuo efecto, y en fauor de Antonio Pastor; y assi se dize expressamẽte en la escritura, no empero en fauor de la hija: y aunq̃ lo fuera, siẽdo respeto de aquel matrimonio, no auiendo tenido efecto, no se podia estender a otro, ni induzirse repeticion de la hypoteca, maximè en perjuyzio de los acreederos, ex supra latissime tradditis.

Nec obstant traddita â Paschalio d. cap. 4. nu. 77. & seqq. & alia, quæ adduximus in quinto & septimo fundamento; por q̃ a todo se satisfaze, especialmente con lo que queda referido, y lo que in terminis traddit dom. Ioan. del Cast. d. cap. 119. per totum Dom. Ioan. de la Rea, d. decis. 33. ex n.66. & seqq. y toda la decision no tiene palabra que en mi sentir no sea muy a pro-

posito

posito para este articulo: y en comprobacion de lo q̃ en el auemos fundado y defendido, satisfaze muy bien a todo Molino, d.l.3.q.6.n.62.& seqq. Fontanel. de pactis nupt. d. clau.4.glos. 1.n.54.& seq. Iacobus Butrigarius, de dote, n.13.& seqq. cō infinidad de Autores, que estos alegan.

Non obstant denique quę adducit Stephanus Gratian. 5. tocap.882. porque habla en caso que el matrimonio que fue valido al principio, con que (como tantas vezes auemos dicho) se le adquirio derecho a la hija, y despues se separò para entrar Monja y professar, como professò, vt cōstat ex verbis ipsius Gratiani in propositione facti in principio, ibi: *(Concludendum est nullum ius alicui competere super eadem dote in præiuditium filiæ prius nuptæ, & postea emitentis professionem.* Y en este caso nihil mirum, que adquirido vna vez el derecho a la hija, por auer cumplido la cōdiciō implicita en la promessa de dote, scilicet, si matrimoniū sequatur, se le conserue la dote para otro qualquiera matrimonio, maximè para el espiritual, en cuyos terminos loquit. Gratian. pero los de nuestro caso son diferentissimos, porq̃ la promessa se hizo respectu determinati matrimonij cū persona nominata: el qual no tuuo efecto por culpa de doña Iosepha, q̃ no quiso consentir en el, como consta de la escritura de transaccion, que queda referida, adonde confiessa q̃ sea nulo, por auerlo contraido forçada. Sin que obste dezir, que el anularse, fue por impotencia de Antonio Pastor. Lo primero, porque no cōsta de tal en el pleyto, sino de lo contrario: ni era possible, conforme a derecho, q̃ la sentencia fuesse por esta razon, pues auia de cohabitar el trienio determinado por derecho Canonico, ex cap. laudabilis de frigid. & malef. pues no se propon en terminos de lo contrario, de que la impotencia era euidente y visible, que es en los terminos que sin cohabitar se dissuelue el matrimonio, ex d. cap. laudabilis.

Lo segundo, porque supuesto que por los autos no consta de la sentencia, se ha de interpretar y presumir, que fue la nulidad por defecto de voluntad, y por aquello que mas en perjuyzio fuere de doña Iosepha, ex vulgata, l. veteribus de pactis.

Lo tercero, porque vt cumque sit, el matrimonio no se contraxo legitimamente; y por qualquiera causa que sea, basta para que no se tenga por cumplida la condicion, ex d.l. hæc cōditio, D. de cond. & demonst. Y este caso en terminos es de la decissiō de Granada, y de la doctrina de Iaçobo Butrigario, Fōtanela, y Molino, vbi sup.

Y en

 390

Y en esta consideracion, y supuesto lo referido, y que el caso de Graciano fue precediendo matrimonio valido, todos los fundamentos que alega, se han de entender en el caso, de quo loquitur: y lo contrario se deue dezir quando el matrimonio fue inualido ex supra latissimè resolutis.

Con lo qual en este articulo parece clara la justicia de el Licenciado Bohorques.

QVOAD SECVNDVM ARTICVLVM.

ESte Articulo concluye, y en el auemos de fundar, que caso que doña Iosepha tuuiesse algun derecho para preteder esta dote, auia de ser graduada en lugar posterior a todos los acreedores hypotecarios o personales, quod quidẽ suadetur ex seqq.

Lo primero, porque el fundamento vnico de doña Iosepha para pedir esta dote, es, que por la promessa hecha en el primero matrimonio, se induze vna tacita donacion hecha por el padre para el segundo, y otro qualquiera matrimonio que la hija celebràre: lo qual (præter quam quod, en nuestro caso no parece tiene fundamento solido, ex tradditis in præcedenti articulo) concluye vna mera y gratuita donacion, sin que tenga cosa alguna de causa onerosa: porque demas de que respeto de la hija, es mera y graciosa donacion la promessa, que ob causam matrimonij le haze el padre, l. ex promissione, cum alijs infra traddendis, D. de obligat. & act. En nuestro caso es mas indubitable, porque aunque se podia pretẽder, que la promessa hecha por el padre, respectu certi, & determinati matrimonij, no es meramente donacion, ni causa lucratiua en nuestro caso, en que se quiere induzir donacion generalmente para qualquiera matrimonio, por auerse prometido en el primero que no tuuo efecto, no puede ser sino es por titulo de mera y lucratiua donacion: y este titulo le dan los Doctores de la contraria opiniõ y se lo dà don Pedro de Abaunça en sus alegaciones deste pleyto, y lo persuade la autentica sed quãuis, vbi donatio facta primo marito, en tanto se conserua entera para el segũdo, en quãto no se diminuyere el patrimonio del padre que la hizo. Y claro està, que si la causa fuera onerosa, e irreuocable, no tuuiera diminucion, aunque lo tuuiesse el patrimonio, y la hija entràra en los bienes del padre con el mismo derecho que tenia para co-

ra co-

ra cobrar la dote en el primero matrimonio. Y assi los Doctores que tratan desta materia, aun en el caso que se dio efectiuamente la dote para el primero matrimonio real y valido, la repeticion para el segundo no la consideran absoluta, sino respectiuamente a los bienes que el padre tiene: y en caso que la dote no sea excessiua, vt constant ex infra referendis.

De aqui nace vna cosa, que en mi sentir comprueba mucho lo que pretendemos probar en este articulo, scilicet, q̃ esta donacion presumpta,, que la otra parte quiere induzir para otro qualquiera matrimonio, no se puede considerar por donaciõ, ob causam, como es la que se haze ob certum, & determinatũ matrimonium: es empero donacion mera y lucratiua sin depẽdencia de causa onerosa. Y assi el padre no puede ser conuenido en mas de en quanto lo sufre su caudal, aunque se aya diminuido por algun accidente, o deudas contraidas despues: ex d. authent, sed quamuis, aliàs si fuera donacion, ob causam, y onerosa, aũque despues se diminuyesse el petrimonio, no padeciera fortuna la dote, y el padre podria ser conuenido enteramente por ella, ex tradditis per Tiraquel. in l. si vnquam, C. de reuocando nat. vers. donatione largitus, n. 144.

Maximè, que respeto de la hija, en cuyo fauor se quiere induzir esta presumpcion de donacion, respeto della nũca puede ser onerosa, sino lucratiua: est enim onerosus titulus dotis, quo ad maritũ, nó verò quoad vxorẽ, l. ex promissione, D. de oblig. & act. l. pro oneribus, vbi Bart. D. de iure dot. l. apud Celsũ § sed si mulier, D. de except. doli. Tiraquel. vbi sup. n. 18. l. fin. C. comm. vtriusque iuditij, ibi: *Ad simile tamen lucrum computandas.*

Y esta diferencia grande ay entre la promessa, q̃ se haze respeto de cierto y determinado matrimonio, que contiene causa verdaderamente onerosa, vt probatur expressè in l. 17. Tauri, ibi: *O el contracto se huuiere hecho por causa onerosa con otro tercero, assi por via de casamiento*: y entre la donacion que se quiere induzir de la promessa de vn matrimonio a otro, que es meramente lucratiua, pues no se haze por causa onerosa con otro tercero, & hanc differentiam in nostris terminis considerat Fontanela. 2. tom. de pactis nup. claus. 6. glos. 3. p. 1. n. 24.

Lo segundo y supuesto què doña Iosepha concurre con los acreedores de su padre con vn titulo meramente lucratiuo, ha de tener posterior lugar a todos los acreedores aũque sean personales, y la donacion se repita con la misma hypoteca que tu

uo la

uo la promessa de la dote hecha en fauor de Antonio Pastor, toda via los acreedores por causa onerosa hã de ser preferidos a esta donacion, per textũ expressum in l. inter eos 19. §. is quoque, D. de re iud. ibi: *Is quoque qui ex causa donationis conuenitur in quãtum facere potest, condemnatur; & quidem is solus deducto ære alieno*, Gloss. in l. verum 63. vers. debetur â socio, D. pro socio, l. maritus 54. vers. *Qui ex donatione conuenitur omni ære alieno deducto facere posse intelligitur*. D. soluto matrimonio, vbi gloss. & ita ex pluribus fundamentis, & Doctoribus tenet Gutierr. de iuramẽt. 3. p. cap. 15. n. 20. & seqq. vbi respondet Feliciano contrarium asserenti.

Nec tunc obstat, q̃ al tiẽpo q Manuel Santos de Saldaña prometio la dote a Antonio Pastor, tenia bastãtes bienes para pagar las deudas y dote que le prometio: y q̃ esto basta para fundar su pretension doña Iosepha, y que se le aya de pagar enteramente la dote, conforme a la ley 29. de Toro, ibi: *Auiendo consideracion al valor de los bienes del que dio, o prometio la dicha dote al tiempo q̃ la dicha dote fue constituida, o mandada*. Porque demas de que esta ley habla en caso que se trata de la inoficiosidad de la dote, para el computo de la quenta que se deue tener y hazer para probar, si es, o no inoficiosa, que es diferente caso. Se responde, que este fundamento podia tener fuerça, si concurriesse cõeste derecho Antonio Pastor, a quien se prometio la dote; o doña Iosepha, auiendose casado con el, como se capitulò. Non verò en caso q̃ se quiere induzir donacion para otro diferente matrimonio, ex tradditis sup. in primo articulo.

Lo tercero, porque lo referido procede con menos duda en nuestro caso: porque la promessa que se hizo a Antonio Pastor, fue con calidad, de que la cantidad prometida la auia de recibir doña Iosepha por quenta de sus legitimas paterna y materna: de modo, que esta dotacion fue en pago de legitima, y con relacion a ella; de que resulta, que supuesto que este matrimonio que contraxo doña Iosepha, fue despues de muerto su padre; y que quando trata de pedir esta dote, ya le està diferida la herencia, y no puede pretender la dote que se le prometio, si no es por titulo de legitima, vt in terminis tenet Barbosa in d. l. si cum dotem, §. si pater, n. 25. D. soluto matrim. ibi: *Infertur etiam elegans explicatio, ad aut. sed quamuis, C. de rei vxo. act. vt ea procedat; si patre viuo filia iterum nubat, nam eo mortuo cessat prædicta obligatio; neque filiæ iterum nubenti ea dos præcipua danda est, nisi quando de verisimili mente testatoris esset, quod ea dos præcipua ad filiam pertineret, vt*

claré

claré significat d.l.fin.& est ratio, quia mortuo patre filia habet ex bonis patris legitimam, per quam ei videtur satisfactum. Lo qual procede mas sin duda en nuestro caso, por auerse prometido la dote porque es a de la legitima. Y si la otra parte quiere q̃ se remita esta promessa para el segundo matrimonio, ha de ser con la misma calidad de que le aya de auer como legitima, muertos los que la prometieron: en cuyo tiempo el patrimonio paterno de q̃ se à de pagar la dote, està tan diminuido, que no ay para pagar las deudas que tienen primero lugar que la legitima: y assi primero se deuen pagar los acreedores, que la pretensa dote, que oy no se puede pedir si no es por titulo de legitima, conforme al estado que tienen estos bienes.

QVOAD TERTIVM ARTICVLVM.

PEro quando todo lo referido cessàra y se huuiera de pagar la dote prometida en el primero matrimonio, repitiendola en el segundo, con las mismas calidades de antiguedad y hypoteca, aunque no se aya contraido el primero matrimonio, esto auia de ser de los bienes de ambos dotadores, scilicet, del padre y la madre por mitad, ex txu expresso, in l.53. Tauri, vbi Antonius Gomez, & cæteri Tauristæ, l. 8. tit. 9. lib. 5 recopi. vbi Matienςus, gloss. 2. & Azeuetus ibidem.

Nec obstat lo que se opone por la otra parte, scilicet, que al tiempo y quando se prometio la dote a Antonio Pastor, auia bienes gananciales de que poder pagar la dote prometida por el padre y la madre, ha de ser de los bienes gananciales en primero lugar; y faltando, ha de ser delos demas bienes que tuuieren, y que basta que al tiempo de la promessa huuiesse bienes multiplicados.

Quia respondetur, que esto es hablar contra la misma ley, la qual claramente mira al estado de la hazienda al tiẽpo de la paga, y no al tiempo de la promessa, vt constat, ibi: *Si el marido y la muger, durante el matrimonio, casaren al hijo comun, y ambos le prometieren la dote, o donacion propter nuptias, que ambos la paguen de los bienes que tuuieren ganados, durante el matrimonio; y sino los huuiere, que basten a la paga de la dicha dote y donacion propter nuptias, que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenecen en qualquiera manera:* Quia qualitas illa: *Y si no los tuuierẽ, q̃ basten, &c.* Adiuncta verbo, *Que lo paguẽ de por medio de los otros bienes*, debat intelligi secundum tempus verbi, l.

bi,l.in dilectis,§.si extraneus,D,de noxal.act.cap.si eo tempore,de rescript.lib.6.Roman.cons.442.n.2.Surdus de alimẽtis, tit.9.q.3.n.5.Auendaño in l.44.Tauri.gloss.15.n.2.

Quo quidem comprobatur ex tradditis per Azeue.in d.l 8. n.15 adonde dize,que si el padre y la madre prometierõ la dote,constante el matrimonio,aunque despues la madre renũcie los bienes gananciales,y no los aya para pagar la dote a la hija comun,se deue pagar por mitad de los otros bienes, que es doctrina casi en terminos de lo que vamos fundando, y en que milita vna misma razon.

Facit etiam,que si al tiempo dela promessa no huuiera bienes gananciales,y los huuiera al tiempo de la paga, claro està q̃ se auia de pagar la dote prometida ex bonis super lucratis.Y assi en el caso deste pleyto,no auiendo bienes gananciales a el tiempo de la paga,se deue pagar de los demas,cõforme a la lei 53.de Toro:vt idem operatur oppositũ in opposito,quod propositum in proposito,l.fin.§.fin.D.de leg.3.l si ex toto in princip.D.de leg.1. Tiraquel.de retractu linag.§.1.gloss.12.nu.16. Menochius cons.271.n.10.Con lo qual parece que en este articulo està bien fundada la pretension de que se aya de pagar(caso que se deua)esta dote de los capitales de marido y muger:lo qual procede con menos duda en nuestro caso;porque el matrimonio verdadero se cõtraxo en tiempo que ya no auia bienes de que poder pagar la dote;sino era del capital de su madre de doña Iosepha:y assi de el se ha de pagar la pretensa dote (caso que se deua)pues en quãto al primero matrimonio,como queda fundado,supuesto que se contraxo contra derecho,como ni pudo auer dote; tampoco se puede atender a la promessa que se hizo prætextu dicti matrimonij,ex supra tradditis.

Todo esto concluye en caso que estuuiera probado,que a el tiempo de las capitulaciones hechas con Antonio Pastor auia bienes gananciales de que poderse pagar la dote prometida: porque este supuesto no està probado,ni lo concluye la quenta que aora se haze del caudal que tenia Manuel Santos,y de las deudas q̃ aora parece deuia al tiẽpo de la dicha promessa;porq̃ esto no prueba necessariamente;sino per possibile,pues entonces pudo deuer otras muchas deudas,y auerlas pagado antes q̃ muriera:ni esta quenta se ha hecho legitimamẽte,como se deue hazer.

QVe doña Iosepha, y don Pedro de Abaunça, han de boluer y restituir las partidas que huuieren recebido de los bienes de Manuel Santos de Saldaña: o que las han de recebir en quenta, caso que tengan derecho para pedir alguna cosa, en que tambien se tratarâ de la calidad de la moneda, enque se deuiera pagar la pretensa dote, quando se deuiera.

De la partida de 35ÿ. reales, cōtenidas en la carta de promessa de dote, hecha en fauor de Antonio Pastor, que se compusieron de diferentes joyas, esclauos y alhajas de casa, y se entregaron al dicho Antonio Pastor, de que dio fee el Escriuano, se deue hazer cargo a doña Iosepha, en qualquier acontecimiento: porque constando del entrego por fee de Escriuano, no se puede dudar de el. Ni importa que Manuel Santos de Saldaña aya dicho en su testamento, que aunque el Escriuano dio fee realmente de el entrego, no se entregaron los dichos bienes, y que quedauan en su casa.

Lo primero, porque constando del recibo en la forma referida, la confession de Saldaña no puede causar perjuyzio alguno a los terceros acreedores, l. duobus, 28. §. 1. vbi Iass. D. de iure iurando. Bald. cons. 45. vol. 1. Beroius, & alij relati à Surdo, decis. 218. n. 4. & seqq. Mascard. conclus. 372. vbi, quod cōfessio debitoris non præiudicat creditori.

Lo segũdo, porque si doña Iosepha se vale de la clausula del testamento de su padre, en que haze la dicha declaracion, la ha de tomar como ella està, y no la ha de diuidir, supuesto que es vn mismo capitulo y clausula del testamēto, que es indiuiduo. Iass. in l. contra iuris, §. si filius n. 11. post Bald. D. de pactis: plura Tiraquel. de retractu conuen. ad fin. tit. n. 2. & seqq. vsq; ad nu. 16. Maximè, porque la confession de que no auia recebido Antonio Pastor los dichos bienes, fue preambula a la calidad de q̃ quedauan en su casa: y en este caso no se puede aceptar la cōfession, sin la calidad. Signarolus cons. 78. n. 4. & seqq. Y assi, como quiera que se considere este negocio, se funda bien nuestra pretension: porque si Antonio Pastor recibio los dichos bienes como es cierto, se le deuen cargar a doña Iosepha. Y si no se le entregaron, y quedaron en casa de Saldaña quando murio, a dōde estaua doña Iosepha, y ella y su hermano se apoderarō de

to-

todo; y por lo mismos autos consta, que tiene en su poder los esclauos; y assi pidio el mandamiento de execucion por 2\|\|200 reales, menos del precio del esclauo y esclaua, que confessò tenia en su poder, tambien se le deuen cargar; pues no es creible que cosas de tanta estimacion las dexasse de poner cobro. Maximè, que doña Iosepha acetò la herencia de su padre: y aũque despues se restituyò contra la aceptacion, no ha de ser esto para lleuar como de ella, sino para no recibir daño, como luego se dirà y fundarà. Y aunque estos bienes no se pusieron en el inuentario, no fue necessario; pues paraque se tẽgan por puestos, basta que su padre aya dicho en el testamento, que quedauan en su casa.

En quanto a lo cobrado en la Casa de la Contratacion, no parece que pueda tener duda q̃ se aya de hazer cargo de la mitad a doña Iosepha. Para lo qual se supone, que aceptò los bienes y herencia de su padre, y como su heredera dio poder a Iacinto de Saldaña su hermano, paraque cobrasse en la Casa de la Contratacion de esta Ciudad, las partidas que vinieron registradas para Manuel Santos de Saldaña. Y en virtud deste poder y por si, como vno de dos herederos de su padre, cobrò mas de 38\|\|. pesos de plata doble, que hazen mas de 26\|\|. ducados en la misma moneda, como cõsta desde fol. 342. y 697. R. 2

Quo sic supposito, dize el Licẽciado Bohorques, que doña Iosepha ha de dar quenta de lo que cobrò su hermano, en virtud de su poder, y boluerlo a este concurso.

Lo primero, porque auiendolo cobrado su Procurador, es lo mismo que si ella lo huuiera cobrado y embolsado. Vulg. l. 1. § deiecisse videtur, D. de vi, & vi. arm. l. ita, §. quod si quis, D. de cod. tut; Romanus cons. 94. n. 3. Agel. Aretinus cons. 61. n. 15. & 16. vbi procedit, maximè in ciuilibus. Corrasius lib. 2. Miscel. cap. 22. etiam aunque no lo huuiesse cobrado de su hermano, pues ella lo eligio para la dicha cobrança.

Lo segũdo, porque el titulo y causa, en cuya virtud hizo la dicha cobrança, fue por el de heredera de su padre; y este se reduxo a no titulo, por auerse restituido contra la aceptacion de herencia, y repudiadola, y assi retiene sin titulo, ni causa justa, la dicha cantidad.

Nec obstat la instancia que se haze por el Doctor Abaunça, preteniendo que la restitucion obra recessiõ de todo lo hecho y del dicho poder que dio doña Iosepha: quia restitutio reponit

nit omnia in pristinum statum. Bart. in l. quod minor, §. restitutio n. 1. D. de minoribus; & ex pluribus traddit Sphortia, de restitut. q. 1. n. 44. Y consequentemente por la fuerça del mismo derecho, quedó Iacinto de Saldaña vnico y solo heredero, y el aurà de dar quenta de lo que cobrò.

Quia respondetur, que el mismo supuesto deste argumento es en el que el Licenciado Bohorques funda su pretension: porque supuesto que la restitucion reponit omnia al estado que tenian las cosas ante læsionem. Sphortia d. q. 1. n. 45. El que tenia este negotio al tiempo que doña Iosepha aceptò la herencia, era que el dicho dinero estaua en la Casa de la Contratacion, muy seguro por bienes de Manuel Sātos, para pagar a sus acredores. Y no es justo por vna parte restituyesse contra la aceptacion de la herencia: y por otra quedarse con los bienes della; porque la restitucion tanto restituye, quanto quitò la cesion, y no mas, ni menos: no empero del acto, antecedente contra que se restituye, puede el menor tener ganancia, ni aprouechamiento alguno; vt ex Cino, & Castrensi traddit, & exemplificat Sphortia d. q. 44. art. 2. n. 8. *Quia restitutio ita est facienda, & taliter, quod vnicuique conseruetur ius suū: cùm enim fundetur in æquitate, debet esse reciproca restituendo iura, tam actiuè, quàm passiuè, aliàs esset iniquissima si ex vno tātùm latere respectum haberet.* l. quod si minor, §. restitutio D. de minoribus. Gloss. in cap. 1. in fin. vers. defraudare de in integr. resti. Azo in l. 1. C. de reputat. Sphortia, q. 47. nu. 6. Ni el tercero contra quien se restituye, ha de perder cosa alguna, vt probat txs celebris, in l. fin. D. de minorib. in fin. ibi: *Ideoque & pignus quod dederat prior debitor, manet obligatum.* Vbi Gophredus lit. P. notat, quod *minore restituto restituitur actio in pristinum, & debitorē in eo statuto, in quo erat tempore nouationis.* Sphortia, de restitut. 1. p. q. 44. art. 2. n. 7. & seq. l. videlicet 29. D. ex quib. cau. maio. vbi Gophredus lit. T. ibi: *Militia compendio militi esse potest, non tamen cū alieno dispendio.* Y si doña Iosepha se huuiesse de quedar con lo q̄ cobrò por su Procurador por titulo de heredera contra que se restituyò, vendria a dalle mas la restitucion de lo que le quitò la lesion aduersantibus iuris principijs, ex l. sed etsi per Prætorem 26. §. si feriæ, D. ex quibus caus. maio. ibi: *Restitutio dumtaxat ipsorum dierum facienda est, non totius temporis, &c.* l. 1. D. eodem, ibi: *Ne vel obsit, vel prosit quod euenit.* Sphortia, d. q. 44. art. 2. num. 11. Y la restitucion que se concedio contra la aceptacion, no lleua tras si la dacion del poder, y la cobrança que en virtud de el, se

hizo

hizo para en quanto a quedarse con todo doña Iosepha, argu. txs. in l. quoties, 44. D. de adquirend. hæred. & ibi Cumaneus Sphortia vbi proximè n. 9.

Y menos obsta pretender, que con este dinero se han pagado acreedores de mejor derecho, porque esto no excluye nuestra pretesion, y mira a la liquidacion y ajustamiento desta quẽta; y aora se ha de declarar, que se deue hazer cargo dello a doña Iosepha, y despues se recibira en quenta lo que huuiere pagado bien.

En quanto a los alimentos que se prometieron y dierõ a Antonio Pastor, y a doña Iosefa, tiene menos duda, q̃ se le à de hazer cargo dellos a la susodicha, pues no ha de auerlos percebido por vna parte, y por otra pretender que se le ha de pagar el precio en que fueron estimados.

Todas las demas partidas contenidas en el memorial, mirã al ajustamiento de la quenta, que en cada vna se refiere, y esto toca a Contadores, y assi no insistimos en ello.

En quanto a la calidad de la moneda, que pretende don Pedro que se ha de pagar la pretensa dote en reales de plata: porq̃ dize, que en este genero de moneda se prometio. Se responde, que caso que por razon de la dote se aya de pagar alguna cosa, ha de ser en vellon, y no en plata: porque la prematica del año de 625. dispone, que no se puedan hazer obligaciones a pagar en plata de aquello que no se recibio en moneda del mismo genero, y anula los contractos y promessas hechas en la forma referida: y esto se ajusta a nuestro caso, porq̃ las capitulaciones se hizieron el año de 628. y la promessa fue por cosa que no se recibio en dicha moneda: lo qual quando no se entienda absolutamente para en quanto a toda la substancia del cõtrato y promessa (sin embargo de que para ello ay mucho fundamento) a lo menos se deue entender para enquanto a la inualidacion de el pacto de pagar en plata.

Ni para lo contrario tiene priuilegio ni especialidad alguna la dote, ni su promessa, vt traddit Curtius Iunior, tractatu de monetis, q. 10. & suadetur ex txu. in cap. ex parte, de censib. vbi in voto facto Deo immortali, non intelligitur, quod maximũ est, sed quod minimum, & per textum in l. Titia, §. fin. D. de auro, & argento, leg. vbi etsi agatur de signo relicto alicui templo tamen non debetur aureum, sed argenteum, ex quo non habet priuilegium aliquod legatum templo relictum, iuxta intelle-

ctum Immolæ in l.si ita sit scriptum, D. de leg. 1. vbi Iass. n. 37. & 38. subdens errasse grauiter Bart. circa intellectum illius txs, Idē voluit Decius in l. semper in obscur. n. 5. & 6. D. de reg. iur. Bald. Nouelus de dote, 6. p. priuileg. 73. Tiraquel. de priuil. piæ causæ priuilegio 25. vers. sed attende lector. Todo lo qual en nuestro caso es mas indubitable, porque el pedimento de execucion, como queda referido, no se hizo en plata, ni por tal se pidio: ni el Juez pudo mandar de oficio que se pagasse en plata, maximè, q̄ la sentencia de remate tampoco fue en plata.

11. Lo que se dixo a la vista deste pleyto, de q̄ quando venciesse el Licenciado Bohorques, no tenia vtilidad alguna dello, porque ay otros acreedores de mejor derecho que consumē la hazienda, no puede ser de fundamento para desacreditar su pretēsion, porque ay muchos bienes, y a su quenta quedarà el buscarlos para satisfazerse de 13U 803. pesos, y cinco reales de plata doble, que Manuel Santos de Saldaña cobrò por Bohorques en la Casa de la Contratacion, por el año de 624. con que aumentò su caudal Saldaña, y de que aora quiere dotarse su hija. Con lo qual parece queda fundada la justicia del Licenciado Bohorques, pro quo respondendum speramus. Saluo, &c.

El Lic. Duran de Torres.